



1051.

Bogotá D.C., 31 de agosto de 2021

Ingeniero

**JOSÉ DAVID GÓMEZ GIL**

Director Telecomunicaciones y Ayuda a la Navegación Aérea

Asunto: Subsanación en procesos de selección abreviada de subasta inversa. Proceso contractual 21000848 H1 de 2021.

Cordial saludo.

Atentamente me permito comunicarle el lineamiento establecido por la Oficina Asesora Jurídica en torno a la subsanación en procesos de subasta inversa, acorde a los argumentos legales y jurisprudenciales expuestos en reunión realizada en la plataforma Teams, en la que participamos varios funcionarios de AEROCIVIL.

De acuerdo con los diferentes documentos de subsanación allegados por los proponentes en el proceso contractual 21000848 H1 de 2021, conforme a lo previsto por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es la entidad quien tiene a más tardar hasta el momento previo a la subasta, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen aspectos relacionados con requisitos habilitantes no necesarios para la comparación de las propuestas y que no otorguen puntaje.

1. A este respecto, la ley 1882 de 2018, dispuso la modificación del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, así:

*“ARTÍCULO 5o. Modifíquese el párrafo 1 e inclúyanse los párrafos 3, 4 y 5 de artículo 5o de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:*

**Artículo 5o. De la selección objetiva.**

(...)

**PARÁGRAFO 1.** *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, **deberán ser solicitados** por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*

*Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.*

(...)



**PARÁGRAFO 4.** *En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, **deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.*** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Es claro entonces que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se subsanen o aclaren los aspectos incompletos o confusos que surjan durante la evaluación de éstas, es decir, la entidad tiene el deber de requerir las subsanaciones o aclaraciones que estime necesarias, y el proponente la carga de atender ese requerimiento para subsanar, corregir o aclarar, lo cual debe realizar dentro del término establecido para el efecto.

La regla de subsanabilidad, consagrada por el parágrafo 4 de la Ley 1150 de 2007, establece el momento antes del inicio de la subasta como el término máximo hasta el cual la administración cuenta con la facultad de requerir al proponente para que subsane o aclare documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas y que no otorgue puntaje y, para que fije el término para tal efecto, que tampoco podrá superar dicho momento antes de la subasta.

Así, si al momento antes de la subasta la entidad se percata que un proponente no está cumpliendo con un requisito habilitante no necesario para la comparación de las propuestas, ya de oficio o porque otro proponente o un tercero se lo informa, debe requerirlo y otorgarle un plazo prudencial para subsanar.

Cabe resaltar que, de conformidad con la norma citada, **no son subsanables** aquellos requisitos exigidos en el pliego de condiciones necesarios para la comparación de las propuestas o que otorguen puntaje.

2. El Consejo de Estado en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección c, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986), señala a propósito de la subsanabilidad de propuestas en procesos contractuales, lo siguiente:

*“v) Oportunidad y tiempo para subsanar, aclarar o explicar la oferta*

*En vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de 2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse hasta antes de la adjudicación, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación. Sin embargo, la Sala hará la siguiente precisión:*

*La expresión citada no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son “preclusivos y perentorios”, es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno[19].*



*Lo anterior significa que durante la vigencia de la Ley 80 -y con más claridad en vigencia de la Ley 1150 de 2007- las entidades estatales deben solicitar a los proponentes que aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las propuestas. Esta oportunidad sólo puede realizarse, por razones obvias, a partir del momento en que empieza la etapa de evaluación –tan pronto se entregan las ofertas-, abarcando la etapa de análisis de las observaciones contra el informe de evaluación –que materialmente supone una evaluación final de las ofertas- e incluso -como límite- llega hasta la adjudicación. Esto significa que la oportunidad para aclarar, explicar y subsanar las ofertas incluye varias etapas del proceso de selección.*

*En el interregno comentado la administración concede al proponente el plazo discrecionalmente previsto en los pliegos de condiciones –usualmente de unos días- para aclarar, explicar o subsanar. Si el pliego no contempló el término la administración, discrecionalmente, fija uno ad hoc, porque no puede escudarse en semejante vacío para prescindir del derecho del oferente de esclarecer la oferta. Esta posibilidad, en todo caso, se extiende a todos los oferentes con propuestas deficientes; de ninguna manera cabe discriminar entre unos y otros.*

*En este horizonte, si bien es obligación de la entidad permitir que se aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las ofertas susceptibles de esa oportunidad, y por ende es un derecho de los participantes que se lo soliciten, se trata de una oportunidad temporalmente limitada, cuyo término define la administración, y es preclusivo para subsanar o aclarar; y si el proponente no corrige o explica dentro del estricto plazo conferido –por ejemplo, no subsana los problemas de la póliza, no acredita la experiencia pedida, etc.-, la administración conserva la posibilidad de ampliarlo o de admitir la entrega tardía, pero llegado el caso precluye para el oferente la oportunidad para hacerlo, así que la administración puede evaluar esa oferta concreta conforme a la información –o desinformación- que consta en el expediente del proceso de contratación, pudiendo rechazarla por no ajustarse al pliego de condiciones, e inadmitiendo la información entregada tarde –aportación de póliza fuera del término, corrección tardía de la experiencia adicional, etc.-.*

*De la anterior manera se ponderan adecuadamente el derecho del proponente a subsanar, corregir y aclarar; con el derecho-deber que tiene la administración de avanzar y concluir el procedimiento de selección –principios de eficiencia, economía y celeridad de la actuación administrativa-, que no se puede estancar ni quedar en vilo de las respuestas extemporáneas que entregue el oferente. De esta forma la administración también adquiere seguridad jurídica para adoptar las decisiones que correspondan frente a las ofertas incompletas o poco claras que no se subsanan o explican en el tiempo otorgado, así que el vencimiento de la oportunidad garantiza a la administración que la decisión que tome con base en la información que posee es segura y confiable, comoquiera que se ajusta al derecho que aquí se explica.*

*En consecuencia, el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen. De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional,*



*la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla – sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede, salvo que ella misma se lo amplíe, y con tal de que no afecte el procedimiento, lo cual seguramente valorará en términos de la ausencia de afectación al desenvolvimiento normal del proceso de selección.*

*En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente[20] -como cuando otorga un par de horas para conseguir un documento que objetivamente tarda más-, de manera que cuando es absurdo, el proponente puede acudir a la jurisdicción o a los demás órganos de control para que intervengan esta actuación administrativa, con la cual también se vulnera, materialmente, la posibilidad que la ley confiere de subsanar o de aclarar y explicar las ofertas.”*

3. La Agencia Nacional de Contratación expidió Concepto CCE. Unificación. Subsanción. Selección Objetiva, posición que se ha reiterado a la fecha.

*“IX. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta; en el último los documentos o requisitos subsancionables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.*

*X. Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsancionados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación y que los oferentes los aporten, incluso, previamente –antes del traslado del informe de evaluación–, sin perjuicio de que, en todo caso, lo puedan hacer hasta el momento en que termine el traslado del informe de evaluación.*

*XI. Subsancionar antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

4. En el pliego de condiciones, el cual es ley para el proceso y de obligatorio cumplimiento en su totalidad tanto para la entidad como para los proponentes, se establecen las reglas, condiciones y requisitos a cumplir por los proponentes, así como las consecuencias que se generan en relación con un requerimiento realizado por la entidad para que el proponente, en el término indicado, subsane o aclare un aspecto de la propuesta en relación con un requisito habilitante no necesario para la comparación de las ofertas o que no otorgue puntaje.

Conforme a lo establecido en el numeral 1. del literal d. del capítulo segundo del pliego de condiciones, procede el rechazo de la propuesta:

*“1. Cuando al proponente se le haya requerido con el propósito de subsancionar o aclarar un documento de la propuesta y no lo efectúe dentro del plazo indicado o no lo realice*



*correctamente o de acuerdo con lo solicitado, siempre que la subsanabilidad requerida sea necesaria para cumplir un requisito habilitante.”*

Así las cosas, si ante el requerimiento de la entidad el proponente no subsana dentro del plazo indicado o no subsana correctamente o de acuerdo con lo solicitado, aplica la causal de rechazo mencionada. Permitir que un proponente que ha subsanado de manera incorrecta en el término establecido por la entidad y sobre lo cual la entidad emitió el informe definitivo, aporte con posterioridad el documento requerido podría privilegiarlo frente a los demás oferentes que cumplieron a cabalidad desde el mismo momento de presentación de su propuesta o en el término dado por la entidad para subsanar.

Por lo expuesto anteriormente, se concluye que los documentos aportados por el proponente para subsanar y que debe tener en cuenta la Entidad, son aquellos que corresponden al requerimiento realizado por el evaluador jurídico, técnico o financiero y allegados por el proponente en atención al mismo, ya en el término de traslado o, a más tardar, hasta el momento previo a la subasta, y no aquellos que han sido aportados con posterioridad a la subsanación ya realizada de manera incorrecta por el proponente. Esto, con ocasión a los principios de igualdad, objetividad y transparencia que rigen la contratación estatal en Colombia.

Cordialmente,

**MARGARITA VILLARREAL MÁRQUEZ**  
Coordinadora Grupo de Asistencia Legal  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Lina Constanza Pérez Penagos – Abogada Contratista Grupo Asistencia Legal